

A OFERTA OBRIGATÓRIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO PENAL, NA PRESENÇA DOS REQUISITOS, COMO PRESSUPOSTO PROCESSUAL OBJETIVO DE VALIDADE DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL E SEUS EFEITOS

JUAREZ COSTA DE ANDRADE

Promotor de Justiça em Minas Gerais e Professor da Unifenas

SUMÁRIO

1. Intróito. 2. Das vicissitudes doutrinárias sobre a natureza da suspensão condicional do processo penal e suas conseqüências de acordo com o ponto de vista adotado. 3. A natureza processual da suspensão condicional do processo penal. 4. A oferta da suspensão condicional do processo penal pelo Ministério Público, na presença dos requisitos, como pressuposto processual objetivo de validade da relação jurídica processual. 5. A oferta obrigatória, pelo Ministério Público, da suspensão condicional do processo

penal, na presença dos requisitos, como pressuposto processual objetivo de validade da relação jurídica processual e seus efeitos.

6. Conclusões. Referências bibliográficas.

1. INTRÓITO

A Lei nº 9.099/95 trouxe em seu bojo a suspensão condicional do processo penal. Instituto revolucionário que o legislador tratou em único artigo de lei, o de número 89. A parcimônia legislativa deixou para a doutrina e jurisprudência a árdua tarefa de fixar os contornos finais do instituto com suas conseqüências jurídicas, o que, aliás, já vem sendo realizado com um certo furor.

O ímpeto doutrinário impede a reflexão densa, e assim o novel instituto vem sendo interpretado à queima-roupa, de forma estanque e isolada. O divulgador alvissareiro, não se lembra, como adverte Ponte de Miranda, que *o que se muda nas leis não destrói, sempre, os princípios, e as alterações revelam o que se teve por fito, acertada ou erradamente. (Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo I, Forense, edição 1974).*

Na hipótese, propomo-nos a estudar a suspensão condicional do processo, buscando encontrar a sua efetiva natureza e, a partir de então, extrair os efeitos desta natureza no mundo jurídico. Na primeira etapa do trabalho, não fomos levados pelo intuito de originalidade. Com efeito, apenas iremos reproduzir o que vem sendo pregado pela doutrina e até pela jurisprudência, onde se observa que as teses são antagônicas e como vêm sendo colocadas se destroem, uma aniquila a outra, ficando um vácuo, um vazio, que necessita ser preenchido.

Urge colocar que não temos por escopo dar a palavra final, mesmo porque, assim como todos, considerando-se o recente advento do instituto, lutamos contra a limitação do tempo e, particularmente, também contra a limitação de inteligência e ilustração. Não desconhecemos que sem a devida preparação não se deve discorrer sobre problemas jurídicos. A par disto tudo, ousamos traçar este esboço, onde buscamos uma trilha original para a solução do principal problema advindo com o instituto. O

maior objetivo é trazer a lume nosso ponto de vista, no intuito de levar a polêmica para ângulo ainda não descortinado pela doutrina, na esperança de alguma forma, contribuímos para o assentamento da questão.

2. DAS VICISSITUDES DOUTRINÁRIAS SOBRE A NATUREZA DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO PENAL E SUAS CONSEQÜÊNCIAS DE ACORDO COM O PONTO DE VISTA ADOTADO

Como deixamos escapar no intróito, as teses doutrinárias são antagônicas, e de forma rudimentar, as reproduziremos com seus principais contornos. Neste giro temos basicamente duas correntes de opinião; uma sustentando ser a suspensão direito público subjetivo do acusado e outra onde os doutores afirmam que somente o Ministério Público, como titular exclusivo da ação penal pública, dela pode dispor e, portanto, não estaríamos diante de um direito subjetivo do acusado.

Conseqüentemente, para a primeira corrente de opinião, em não ofertando o Ministério Público a proposta de suspensão, pode o juiz *ex officio* conceder o benefício, ou quando muito, em atenção ao *ne procedat judex ex officio* aguardar o requerimento do acusado e preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos deferí-lo desde logo.

Como conseqüência da segunda tese, em caso de não ofertar o Promotor de Justiça a proposta de suspensão, deve ser invocado analogicamente o art. 28 do CPP, e assim, não sendo direito subjetivo do acusado, ficaria no âmbito do Ministério Público a última palavra.

Eis em linhas gerais a controvérsia doutrinária.

Observa-se, como colocamos alhures, que a forma antagônica pela qual a doutrina vem conduzindo a questão, uma opondo sobre a outra obstáculos de ordem intransponíveis, nos conduz a um vazio, eis que somente fazendo tábula rasa, não só dos argumentos antagônicos levantados, mas também de diversos princípios de Direito, podemos aceitar uma tese em detrimento da outra, quando

na realidade ambos os argumentos são fortíssimos e não podem ser desconsiderados, pois o pior cego é aquele que não quer ver.

Assim, não podemos desconsiderar que somente tapando os olhos para o nosso sistema acusatório, com a titularidade exclusiva do Ministério Público para deflagração (obrigatória) da ação penal pública; somente tornando letra morta o princípio *ne procedat judex ex officio*, e a Constitucional imparcialidade do órgão judicante; apenas ignorando a necessidade do consenso como viga mestra do instituto; só generalizando, vale dizer, equiparando a suspensão do processo com *sursis*, institutos com características nitidamente distintas, tanto quanto a natureza e efeitos, para dizermos *que quem pode o mais pode menos*; ou ainda, somente imaginando uma relação jurídica bilateral, entre juiz e acusado, para desespero de tantos e principalmente para desespero do insigne Professor Tornaghi que, cientificamente, desenvolveu o tema, podemos imaginar a possibilidade de o juiz *ex officio*, ofertar o benefício.

Note-se que se prosperar tal entendimento, *mutatis mutandis*, o mesmo poderá ser feito em relação à transação penal, e nesta hipótese nem haveria necessidade da presença do Promotor de Justiça na audiência preliminar, pois o juiz, juntamente com o suposto autor do fato, celebra a transação, e depois a homologa, tornando-se *juiz de seus próprios atos*.

Perdoe-me o truísmo, mas a vingar tal tese, o Estado - juiz - estaria dispondo de forma imparcial do que não lhe é dado dispor, prestando jurisdição sem ação, confundindo suspensão condicional da pena, com suspensão condicional do processo, e o que talvez seja pior, praticando todas essas atrocidades no bojo de um monstro jurídico; vale dizer, em uma *relação* estabelecida entre ele, o acusado, onde o Ministério Público tornou-se um figurante de terceira categoria, pois do acusado necessita-se do consenso, do Estado - Administração, que se encontra em busca do *jus puniendi* não. Ao contrário de permanecer inerte e imparcial diante dos interesses em jogo, pende o Estado - juiz para um lado.

Além disso tudo, temos a interpretação literal da lei, que joga vez por todas uma pá de terra na questão, ao estabelecer que cabe ao Promotor de Justiça, juntamente com a denúncia, ofertar a suspensão.

E nem se argumente com o § 2º do multicitado art. 89, como fez o douto acórdão publicado em Minas Gerais do último dia 27 de abril, Diário do Judiciário, p. 8. Com efeito, ao contrário de fortalecer a possibilidade de concessão *ex officio* como parece aos menos avisados, *in casu*, a lei impõe, como condição *sine qua non* para suspensão a prévia oferta do Promotor de Justiça, ao estabelecer que *o Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado*, demonstrando assim de forma inexorável, que a suspensão se submete à prévia iniciativa do Ministério Público, eis que o Juiz poderá impor outras condições além das anteriormente propostas pelo detentor da ação penal.

Desta feita, assim como cabe ao Ministério Público e a ninguém mais ofertar a denúncia, cabe ao Ministério Público e somente a ele ofertar a suspensão, razão pela qual temos como perfeito e inabalável parte dos ensinamentos de Marino Pazzagliani Filho e outros, valendo a pena transcrevê-los, posto que longos:

Desta forma, na área penal, o legislador constituinte consagrou, dentro do respeito à teoria dos freios e contrapesos (checks and balances), o sistema acusatório, onde existe separação orgânica entre o órgão acusador e o órgão julgador, sendo a exclusividade da titularidade da ação penal pública do Ministério Público (art. 129, I, da CF), enquanto a função jurisdicional pertence ao Poder Judiciário, respeitando o mínimo irredutível de uma autêntica Constituição que teria de conter regras da separação de poderes; um mecanismo de cooperação e controle desses poderes - checks and balances - um mecanismo para evitar bloqueios respectivos entre os diferentes detentores de funções do poder... (WHEARE, Karl C. Modern constitution, p. 46 ss).

Como detentor da exclusividade da ação penal pública, somente o Ministério Público poderá dispô-la nos termos da

própria Constituição Federal (art. 98, I) e da Lei nº 9.099/95, propondo, juntamente com a denúncia, a suspensão condicional do processo, que somente poderá ser homologado pelo Poder Judiciário, após expressa aceitação do acusado e análise de sua legalidade.

Assim, somente em virtude do consenso, ou seja, da possibilidade desta transação penal entre o Estado, através do Ministério Público, e o acusado, devidamente acompanhado por seu advogado, permitida pelo texto constitucional (art. 98, I), é que poderá afastar-se o processo, suspendendo-o, por tempo determinado, e aplicando condições ao acusado (in Juizado Especial Criminal - Aspectos práticos da Lei nº 9.099/95).

Noutro lado estão aqueles que pregam a inexistência de direito subjetivo do acusado e que, portanto, caberia na hipótese de o Promotor de Justiça não ofertar a proposta de suspensão, invocar o art. 28 do CPP.

Data venia, pretender invocar o art. 28 do CPP, para hipótese de não ter tido o Promotor de Justiça ofertado a suspensão é algo igualmente inconcebível, eis que a *mens legis* não é esta. Com efeito, o art. 28 enfocado é maneira de fortalecer o princípio da obrigatoriedade da ação penal, e não o contrário, como se vem apregoando.

Na realidade, soa como absurdo, através do art. 28 do CPP, obrigar o Ministério Público a dispor daquilo que ele é obrigado a exercer...

Poderíamos tentar dizer com nossas palavras, porém usaremos as do ilustrado Professor Afrânio Silva Jardim, em sua monografia sobre o tema:

Consoante se depreende da regra do art. 28 do Código de Processo Penal, a decisão de arquivamento cabe, inicialmente, ao juiz, mediante requerimento do promotor de justiça. Contudo, se o juiz não aceitar a postulação de arquivamento formulada pelo órgão do Ministério Público, deverá indeferi-la, remetendo os autos ao Procurador-Geral

que dará a última palavra. Na verdade, nesta segunda hipótese, quem tem efetivamente o poder de decisão é o Procurador-Geral, na qualidade de autoridade máxima do Parquet, o que se apresenta natural dentro do sistema acusatório adotado pelo nosso Código.

Como se vê, no procedimento de arquivamento, *o juiz funciona como fiscal do princípio da obrigatoriedade, exercendo uma função anômala, porque não jurisdicional.* (Ação Penal Pública - Princípio da Obrigatoriedade - 2ª ed. Forense - p. 115).

Vê-se que as considerações do mestre dispensam maiores comentários.

Pois bem, demonstrados os dois pólos da controvérsia, é chegado o momento de começarmos o esboço de nosso entendimento.

Antes, porém, cabe uma pequena consideração metodológica. Colocamos a questão até aqui seguindo os rumos da doutrina e demonstrando a forma antagônica como os doutos vêm tratando o tema, sem esclarecermos que, por nosso entendimento, como tentaremos demonstrar, existe na realidade apenas uma aparente contrariedade entre as duas teses básicas, eis que elas não se repelem de forma absoluta e nenhuma delas pode vingar detrimento da outra de forma extrema.

Cabe, na oportunidade, trazer à colação a autoridade de José Carlos Barbosa Moreira que, de forma lapidar, adverte:

No universo processual - se nos permitem repetir o que já dissemos alhures -, há pouco espaço para absolutos, e muito para interação recíproca de valores que não deixam de o ser apenas porque relativos. Nem os mais altos princípios devem ser arvorados em objetos de idolatria: para usarmos expressão em voga noutros setores, todos admitem certa dose de flexibilização. Como advertia o filósofo, nada pior que um bom princípio mal aplicado; e é fora de dúvida que aplicamos mal um princípio quando o pomos em prática sem levar em conta os outros princípios que lhe surgem em contrapeso e com ele precisam conjugar-se para assegurar o equilíbrio conjunto.

E de forma útil para as conclusões em que pretendemos chegar, arremata o processualista gigante:

Um dos erros mais graves de determinado tipo de dogmatismo foi - e é - o de descrever o mundo em preto e branco, ignorando os matizes variadíssimos que medeiam entre esses dois extremos (Miradas sobre o processo civil contemporâneo - Revista de Processo 79/150).

3. A NATUREZA PROCESSUAL DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO PENAL

É pacífico na doutrina que a suspensão condicional do processo possui natureza processual. Assim, atinge diretamente a suspensão o regular andamento do feito, impedindo o conhecimento do mérito, é verdade que atingirá de modo reflexo o direito material, isto, porém, não lhe dá natureza de direito material e nem tampouco lhe fornece natureza mista. Aliás, Tourinho Filho afirma que Battaglini não concebe um instituto jurídico, cuja essência seja simultaneamente de direito material e processual. A essência, ou é processual ou é material, e arremata: *A coexistência de ambas as naturezas é inadmissível. Seria um ermafroditismo giuridico.*

Note-se, ainda, que a condição *in casu*, no que diz respeito à extinção da punibilidade é suspensiva, eis que subordina temporariamente a eficácia da extinção da punibilidade ao cumprimento do período de prova, evento futuro e incerto, enquanto que no que tange ao processo, a condição, apesar de não guardar similitude absoluta com os ensinamentos civilistas, mais se aproxima da condição resolutiva, eis que extingue depois do evento futuro e incerto, vale dizer, a eventual violação dos deveres impostos no período de prova, o direito criado, ou seja, a própria suspensão do processo. Noutras palavras, a consequência penal poderá advir ou não dependendo de evento futuro e incerto, enquanto que a consequência processual sempre virá, podendo prevalecer ou não também de acordo com evento futuro e incerto, demonstrando-se, pois, que o instituto é de natureza processual, a

par de haver nele consideráveis aspectos penais, e este lado penal, como já percebeu boa parte da doutrina, faz com que inegavelmente surja um direito subjetivo para o acusado, refletindo, sobretudo, no direito intertemporal.

4. A OFERTA DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO PENAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, NA PRESENÇA DOS REQUISITOS, COMO PRESSUPOSTO PROCESSUAL OBJETIVO DE VALIDADE DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

O novo instituto, como visto, possui primordialmente natureza processual. Assim, e partindo da premissa que a lei nova nem sempre chega modificando integralmente os princípios da antiga lei, temos que cabe ao intérprete procurar, antes de mais nada, enquadrar o novo no antigo, ajustar o novo com o velho, e só diante da impossibilidade absoluta de conciliação, procurar ajustar o novo de forma estanque, sem a presença do velho.

Analizando-se o novo instituto, vê-se logo que ele possui uma peculiaridade que muito se aproxima de outros institutos processuais, eis que a suspensão condicional do processo impede o julgamento do mérito, isto ninguém questiona.

No Processo Penal, também existem questões que surgem como óbice para o conhecimento do mérito. Estamos falando das condições genéricas da ação, das condições especiais de procedibilidade e de prosseguibilidade e dos pressupostos processuais, que são questões prévias que surgem ordinariamente no primeiro segmento da persecução penal, que devem ser enfrentadas antes do julgamento de mérito da pretensão punitiva.

Fugiria o âmbito de nossa pretensão descermos amiúde sobre a teoria da ação onde as divergências não só quanto à propriedade da expressão *condições da ação*, bem como a sua abrangência ainda persistem. Basta observar que parcela considerável dos processualistas entende o direito de ação como absolutamente incondicionado.

Seja como for, e trilhando mais uma vez o caminho de Afrânio da Silva Jardim, as *condições da ação* não seriam condições para a existência do direito de agir, este é pré-processual e abstrato, e sempre existirá; na realidade, as condições da ação são condições para o regular exercício do direito de ação, e no processo penal, além daquelas existentes no processo civil, acrescenta-se uma quarta, ou seja, um lastro mínimo de prova que deve fornecer arrimo à acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do imputado, razão pela qual este mínimo de prova deve acompanhar a denúncia ou queixa e é fornecido pelo inquérito policial ou peças de informação.

Vê-se logo que a suspensão condicional do processo ou sua oferta não se encontra entre as condições genéricas para o regular exercício da ação penal. Confessamos que já pensamos de modo diverso, eis que traídos pelo seguinte afobado raciocínio:

Se pode o acusado trancar a ação penal, via *habeas corpus*, por falta de justa causa, na hipótese em que preenchidos os requisitos da lei e ofertada a proposta de suspensão pelo Promotor, recusa-se o juiz a concedê-la, criou o ordenamento mais uma condição para o regular exercício da ação penal, e pensamos que a falta de justa causa para o exercício da ação penal passaria a ser entendida não só como a inexistência de um mínimo de lastro probatório, eis que seria acrescida de mais um elemento, vale dizer, a regular homologação da suspensão quando preenchidos os requisitos para tal.

Porém, logo em seguida, atinamos que tal condição não seria genérica, pois não se aplicaria a todas as ações penais condenatórias, seria ela específica, assim como as condições especiais de procedibilidade, quando acreditamos ter encontrado a solução, enquadrando a suspensão condicional do processo nas condições especiais de procedibilidade.

Continuando a pesquisa, notamos que estávamos igualando os desiguais, eis que as condições de procedibilidade são encontradas de modo objetivo, são, no dizer de Tourinho, condições específicas da ação, são requisitos especiais exigidos por lei para

que seja admitida a acusação. Nelas, o legislador não impõe dados subjetivos, tais como o fato de o acusado não estar sendo processado ou ainda não ter sido condenado (art. 89 da Lei). Aliás, seria altamente estranho, para não dizer absurdo, supor que para determinado acusado existe uma condição especial de procedibilidade e para outros não.

Só nos restou, por fim, tentarmos enquadrar o novo instituto na categoria dos pressupostos processuais. Cabe consignar nesta altura, que na realidade não existe interesse prático em se distinguir, no caso, o pressuposto processual das condições de procedibilidade, pois que a ausência de qualquer deles acarreta a nulidade do processo, ou seja, como pretendemos demonstrar, esteja a suspensão condicional enquadrada numa ou noutra modalidade, a consequência inexorável será a nulidade do processo, quando preenchidos os seus requisitos e não ofertada a proposta.

A doutrina não é uniforme na classificação dos pressupostos processuais, a questão no processo penal pátrio deságua no problema do efeito extensivo da declaração de nulidade. Assim, pregam os doutos que saber-se quais atos processuais ficam contaminados, em decorrência da declaração de nulidade, é tarefa que incumbe exclusivamente ao juiz, diante do caso concreto.

Para Muniz Aragão, é possível encará-los sob dois ângulos: alguns constituem requisitos de natureza subjetiva, outros de natureza objetiva, subdividindo-se, sob este aspecto, em duas categorias distintas, conforme sejam extrínsecos ou intrínsecos à relação processual.

Por ora, o que nos interessa é a ótica sob o ângulo objetivo, e continuaremos seguindo os ensinamentos de Muniz Aragão:

Vistos sob o ângulo objetivo, os pressupostos intrínsecos à relação processual concernem à regularidade dos atos nela praticados, que deverão ser acordes com as disposições legais que os regulam. Se, por acaso, as infringirem, serão alvo de invalidação, podendo comprometer o próprio processo, quando a gravidade da infração ultrapassar os limites tolerados pela lei. Esses vícios podem ser a inexistência, a nulidade absoluta

ou relativa, e a anulabilidade...” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 8ª ed., vol. II, Forense, p. 383).

No mesmo giro, em obra escrita em parceria, ensina a singular Ada Pellegrini Grinover:

Primeiramente, importa acentuar que poderá ocorrer nulidade quando a falta de algum ato da cadeia procedimental, ou a irregularidade na sua realização, impeça possa ele contribuir para o ato final e para a produção do efeito substancial dele derivado. Também podem ocorrer falhas relacionadas com a violação de algum preceito referente à coordenação e vinculação entre os atos que compõem o procedimento. Dentre estas últimas, merecem destaque as seguintes: a) supressão de uma série de atos do processo, ou até mesmo, de uma fase do processo; b) inversão da ordem processual e c) adoção de outro procedimento diferente, seja mais amplo ou mais reduzido.

E segue ensinando, que a nulidade decorrente dessas irregularidades poderá ser absoluta ou relativa.

Será absoluta quando a ocorrência implicar prejuízo ao devido processo legal, de modo a impedir a realização do contraditório, a cercear o exercício da ampla defesa ou a restringir o direito à prova. Desse teor também será a nulidade se o juiz, em vez de percorrer todo o caminho procedimental, suprimir-lhe alguma fase; não há sequer que se argumentar em torno do prejuízo, pois as partes têm o direito que a marcha do processo criminal seja integralmente cumprida segundo as prescrições legais (As Nulidades no Processo Penal, 4ª ed., Malheiros, p. 205).

Como se vê, o juiz, para o julgamento de mérito de pretensão punitiva, tem que passar por antecedentes lógicos, e um deles consiste em indagar se foi adotado o esquema de procedimento pertinente para a causa penal; noutras palavras, por amor à clareza, deve o juiz, antes de adentrar no mérito da pretensão, investigar se o procedimento é o correto, se a forma adotada é a pré-estabelecida, se vem sendo cumprido o devido processo legal,

trata-se, pois, de efetivo pressuposto processual objetivo de validade da relação jurídica processual.

Acreditamos que nesta altura de nossa dissertação já se percebe onde pretendemos chegar, porém, ao contrário de usarmos nossas palavras, vamos de novo com as do inultrapassável Afrânio Silva Jardim, que, com seu aguçado raciocínio, ponderou em palestra proferida nesta Casa:

Deseja-se a discricionariedade, mas, quando ela vem, querem tirar a discricionariedade do Ministério Público e o Juiz passaria a ter a iniciativa da transação penal, a iniciativa da suspensão condicional do processo, o que não é papel do Juiz no sistema acusatório. Achamos até, dentro dessa perspectiva mais sistemática, que, ao propor a transação penal, o Ministério Público, de certa maneira, está exercitando um tipo de ação diferente. Porque, quando propõe a transação penal, ele tem que fazer uma imputação. Tem que atribuir ao autor do fato, para usar a expressão da Lei, ao réu, uma conduta; fazer um juízo de tipicidade, até para saber-se se é uma infração de menor potencial ofensivo, e sugerir a aplicação de uma pena. De certa forma, é uma ação penal. (Juizados Especiais - Lei nº 9.099, de setembro de 1995 - Ed. Associação Mineira do Ministério Público - p. 81).

Como se pode notar, o mestre carioca enfrentou a questão com a sutileza que lhe é peculiar, não deixando margem de dúvidas, que, ao ofertar a transação ou a suspensão condicional, o Ministério Público encontra-se exercitando a titularidade da ação penal. É de certa forma um modo de exercício da ação penal.

Porém, parodiando o próprio Afrânio, queremos dizer que estamos com Afrânio, sem estarmos com Afrânio.

Assim, ousamos discordar do mestre quando ele sustenta ser a *discricionariedade do Ministério Público ilimitada, um poder absoluto, absurdo, que tudo irá depender de cada Promotor de Justiça* (ob. cit., p. 80).

A vingar tal entendimento, a manifestação Ministerial não seria discricionária, mas arbitrária, como, aliás, dispõe o Anteprojeto do

Professor Tornaghi, em seu art. 182: *Nenhum ato ou negócio é deixado ao arbítrio de quem o pratique, ainda que seja autoridade* (Apud *Compêndio de Processo Penal*, Tomo II, José Confino - editor, p. 599).

Na realidade, como aliás acentua Afrânio em diversas passagens de sua monografia, *no Estado de Direito, todos os poderes sujeitam-se à lei*.

De fato, pelo que se observa, desde Montesquieu e seu Espírito das Leis, existe uma tendência entre os povos democráticos na imposição de um sistema comum de freios e contrapesos entre as diversas instituições, e como não poderia deixar de ser, assim também ocorre com o Ministério Público, notadamente em suas atividades fins ou típicas. Assim, o Promotor oferece a denúncia, mas pode rejeitá-la o juiz; sentencia o juiz, mas pode recorrer o Promotor, não há no Estado de Direito Democrático espaço para o arbítrio...

Neste ângulo, vem acentuando grande parte da doutrina que *in casu* a atividade Ministerial é discricionária regrada, na medida em que, presentes os requisitos, não pode o detentor da ação penal escolher outro caminho, tem ele que ofertar ou a transação ou a suspensão, dependendo da hipótese concreta; surge, assim, efetivo direito subjetivo do acusado ou do autor do fato.

Por outro lado, se algum espaço arbitrário se abre na suspensão condicional do processo, tal espaço não é do Ministério Público, mas sim do acusado, eis que cabe a ele escolher se vai se submeter ou não à suspensão, se prefere se submeter às condições do instituto ou responder a ação penal, o direito de escolha como nas obrigações alternativas ordinariamente é do devedor, na suspensão condicional do processo pertence ao acusado, não restando ao Ministério Público outro caminho, a não ser ofertar as duas possibilidades ao acusado e aguardar a sua escolha.

Note-se que o direito subjetivo do acusado é de receber a proposta para escolha e não de obter diretamente o benefício. Para obtenção deste, também é pressuposto processual objetivo de validade a prévia oferta Ministerial e o consenso, e nesta afirmação

não existe nenhuma impropriedade; basta, para tanto, analisar a polêmica noção de direito subjetivo para se chegar a tal conclusão.

Não caberia dizer mais nada, pois tudo agora parece óbvio, porém, sendo o óbvio o que, às vezes, temos dificuldades de enxergar (ninguém vê com clareza a ponta do próprio nariz), diremos e desde já pedimos penitências pela prolixidade:

Ora, se o esquema de procedimento adotado para a causa penal é pressuposto processual objetivo da relação jurídica processual, e se, preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos, fica o Promotor de Justiça obrigado a ofertar a suspensão podemos dizer que a *oferta ministerial para suspensão condicional do processo é pressuposto processual objetivo de validade do processo*, caso contrário o procedimento pré-estabelecido não estará sendo atendido e, portanto, não será válido.

Interessante observar que, por qualquer ótica que se analise a supressão da prévia oferta, iremos desembarcar em uma invalidade. Assim, se concedida de ofício a suspensão, o ato será nulo pela falta de oferta e, portanto, por violação de um pressuposto processual objetivo, e se, por outro lado, for dado seguimento ao processo, sem a prévia oferta e conseqüente direito de escolha do acusado, também nulos serão os atos processuais praticados a contar da supressão, e pelo mesmo motivo.

5. A OFERTA OBRIGATÓRIA, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO PENAL, NA PRESENÇA DOS REQUISITOS, COMO PRESSUPOSTO PROCESSUAL OBJETIVO DE VALIDADE DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL E SEUS EFEITOS

Tentaremos agora extrair os efeitos jurídicos do enquadramento da prévia proposta da suspensão do processo na categoria de pressuposto processual de validade.

O principal efeito do enquadramento vai desaguar em um dos pontos mais polêmicos do instituto, e o pior, ou, talvez, melhor,

não rejeitará e nem acolherá de forma absoluta nenhuma das duas correntes basilares de opinião.

Como mencionamos alhures, a maior controvérsia doutrinária surge quando o Promotor de Justiça entende não cabível a suspensão e o juiz entende de forma contrária.

Já afirmamos que nenhum dos dois extremos deve vingar, pois, como adverte José Carlos Barbosa Moreira, *no universo processual há pouco espaço para absolutos*, e podemos dizer, parodiando o Mestre, que os signatários da primeira corrente descrevem o mundo em preto, e os da segunda em branco, ambos deixando de lado as demais cores.

Não queremos ser cansativos, mas temos como necessária a derradeira repetição:

Se não podemos desconsiderar o sistema acusatório com a titularidade exclusiva do Ministério Público para deflagração da ação penal pública; se urge não deixarmos de lado o princípio *ne procedat judex ex officio* com a Constitucional imparcialidade do órgão judicante; se o consenso é viga-mestre da suspensão condicional do processo; se o *sursis* não é mais e nem menos que a suspensão condicional do processo; se a relação jurídica processual não é estabelecida entre o acusado e o juiz; se o art. 28 do CPP, não pode ser usado para obrigar o Ministério Público dispor da ação penal; se nem tudo que se muda nas leis destrói sempre os princípios, pois, em direito processual, há pouco espaço para absolutos; se a prévia oferta da suspensão, pelo detentor da ação penal, quando preenchidos os requisitos, é direito subjetivo do acusado, surgindo como pressuposto processual objetivo de validade da relação jurídica processual; indaga-se: o que deve fazer o Juiz quando o Promotor, na presença dos requisitos, não propõe a suspensão?

A resposta me parece clara e, aliás, nossa ansiedade já a antecipou de forma implícita no último parágrafo do tópico anterior, quando afirmamos que o juiz não pode, sem a prévia oferta de ofício, conceder o benefício e nem tampouco dar seguimento ao processo, porém agora vamos responder de forma explícita: o caso é de rejeição da denúncia, ou de trancamento da

ação penal, dependendo da hipótese concreta, vale dizer, esteja a ação penal no nascedouro ou em curso.

Observe-se que, a par de não existir outra alternativa para o órgão judicante em razão dos motivos expostos e repetidos, assim agindo, estará o julgador mantendo sua necessária imparcialidade, não pendendo nem para um e nem para o outro lado da balança, pois não estará dispondo do que não lhe é dado dispor e nem tampouco permitindo a supressão do direito de escolha do acusado com sua conseqüente submissão a um constrangimento ilegal. Consegue assim o juiz, sem violar princípios, exercer seu grave mister de velar pela regularidade processual.

Deste efeito principal, advêm efeitos secundários.

Assim, rejeitada a ação penal ou trancada esta, duas portas se abrem: ou o Promotor concorda com a decisão e oferta a proposta, ou em não se conformando busca a via recursal. Algo, porém, resta claro, em transitando em julgado a decisão o Promotor é obrigado a ofertar a proposta.

Pode parecer que esta obrigatoriedade violaria a convicção do Promotor de Justiça ou sua independência funcional, porém isto é manifestamente falso.

Note-se que convicção não se confunde com entendimento jurídico, e independência funcional também não se confunde com faculdade de deixar de fazer o que a lei obriga que se faça.

Um exemplo poderá iluminar, e o exemplo é a própria rejeição da denúncia por outra razão que não seja a falta de oferta de suspensão, mas sim a inépcia da vestibular penal. Em rejeitando o juiz a denúncia, pode o Promotor recorrer da decisão; agora, quando ocorrer o trânsito em julgado desta decisão, não restará ao Promotor outra alternativa, a não ser ofertar nova denúncia, retirando-lhe as imperfeições.

Não pode ele deixar de assim proceder sob a alegação de violação de sua *convicção jurídica*, e, se assim insistir, o caso é de desídia, abrindo-se espaço nos termos do art. 29 do Código de Processo Penal para o manejo da ação penal privada subsidiária da pública, isto sem contar as sanções previstas no art. 801 do CPP,

além de eventuais sanções disciplinares a serem impostas por sua Corregedoria.

Evidentemente, que nesta última hipótese não podemos igualmente invocar o art. 28 do CPP, pois não houve pedido de arquivamento.

Mutatis mutandis, e de volta à nossa questão, em não ofertando o Promotor de Justiça a proposta de suspensão condicional do processo e discordando o juiz deste entendimento, deve ele rejeitar a denúncia ou trancar ação penal de acordo com o caso concreto. Transitando em julgado esta decisão, fica o Promotor obrigado a oferecer a proposta, sob pena de incidência das consequências legais supramencionadas.

Por fim, cabe consignar que tudo aqui exposto deve ser tido para hipóteses excepcionais, onde a discordância entre o titular da ação penal e o órgão judicante sejam intransponíveis, pois também não podemos deixar de lado o que dispõe o art. 2º da Lei 9.099/95 e isso é o esperado, contando-se com o inegável bom senso dos aplicadores da nova lei.

Claro também, que o exposto no citado art. 2º, não pode servir como argumento, aliás simplório, de que não pode haver divergência de entendimento entre as partes e o aplicador da lei, e nem tampouco para autorizar o juiz a conceder, de ofício, a suspensão condicional do processo ou a transação penal, a pretexto de *simplificação*, mesmo porque multicitado artigo de lei não insere no ordenamento nova principiologia capaz de revogar todos os efetivos princípios norteadores de nosso processo penal.

Na Cátedra de Ada Pellegrini Grinover:

Merece, contudo ser realçado desde já que os critérios elencados no art. 2º, aplicáveis aos dois Juizados, não introduzem no sistema nova principiologia, como bem ressaltara Dinamarco ao comentar a Lei 7.244/84, das Pequenas Causas Cíveis, que arrolava os mesmos princípios em seu art. 2º. Sua lição, ainda atualíssima, agora se renova e amplia, adequando-se também ao sistema processual penal, quando acentua: Não se trata de criar uma nova principiologia, pois o processo de pequenas causas insere-se no contexto de

um processo civil (*e também de um processo penal*) já existente, com as suas tradições e seus princípios já consagrados - expressões de um mundo cultural e das preferências axiológicas nele desenvolvidas e instaladas. Bem por isso é que, deliberadamente, a lei fala em critérios informativos do novo processo, evitando apresentar princípios que supostamente fossem de sua exclusividade (*Juizados Especiais Criminais, RT, p. 61*)

Isto aliás, é o que tentamos demonstrar, desde as primeiras linhas deste singelo esboço.

6. CONCLUSÕES

Cremos, agora, poder apresentar um rol de conclusões das mais importante assertivas que foram feitas no bojo deste trabalho.

1. A suspensão condicional do processo penal não pode ser encarada sem se levar em conta os demais princípios norteadores do Processo Penal pátrio, não devendo ser interpretada de forma estanque.

2. Em razão de nosso sistema acusatório com a titularidade exclusiva do Ministério Público para o exercício da ação penal pública; em função do princípio da demanda com a Constitucional imparcialidade do órgão judicante; da distinção entre suspensão condicional da pena e suspensão condicional do processo e em razão da necessidade de consenso entre as partes, não pode o Juiz conceder, de ofício, a suspensão condicional do processo.

3. O art. 28 do CPP, como fortalecedor do princípio da obrigatoriedade da ação penal não pode ser invocado para obrigar o Ministério Público a desistir da ação penal.

4. A suspensão condicional do processo, por atingir diretamente a marcha processual e só por via reflexa e eventualmente a punibilidade, é instituto de natureza processual com reflexos penais.

5. O cumprimento do esquema de procedimento pertinente para a causa penal é pressuposto processual objetivo de validade da relação jurídica processual.

6. Ao ofertar a transação penal e a suspensão condicional do processo, o Ministério Público encontra-se exercitando a titulariedade da ação penal, pois, se trata de uma forma de exercício da ação penal.

7. A oferta da suspensão condicional do processo não é atividade arbitrária, mas discricionária, pois, preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos da medida, o Promotor de Justiça é obrigado a ofertá-la.

8. Em sendo a proposta poder dever do Ministério Público, surge para o acusado direito subjetivo de obter a proposta para exercício do seu direito de escolha.

9. Sendo o esquema de procedimento da causa penal pressuposto processual objetivo de validade da relação jurídica processual, e na presença dos requisitos, direito subjetivo do acusado receber a proposta de suspensão condicional do processo penal, esta possui natureza de pressuposto processual objetivo de validade da relação jurídica processual.

10. Não podendo o juiz conceder, de ofício, a suspensão condicional do processo e nem tampouco invocar o art. 28 do CPP, e sendo a proposta do Promotor pressuposto processual objetivo de validade da relação jurídica processual, no caso de desentendimento entre o acusador e o julgador, deve este último rejeitar a denúncia ou trancar a ação penal de acordo com a hipótese concreta.

11. Transitando em julgado a decisão que rejeitou a denúncia ou trancou a ação penal, o Promotor é obrigado a ofertar a proposta de suspensão, sob pena de assim não o fazendo, abrir-se espaço para o manejo da ação penal privada subsidiária, além das sanções do art. 801 do CPP, bem como sanções disciplinares a cargo da Corregedoria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito subjetivo, pretensão e ação*, Revista de Processo, 47-109, 1987.
- ALVIM, Arruda. *Anotações sobre o tema - competência*, Revista de Processo, 24-99, 1981.
- ANDRADA, Doorgal Gustavo Borges de. *A Suspensão Condicional do Processo Penal*, Del Rey, Belo Horizonte, 1996.
- ARAGÃO, Ejas Dirceu Monis de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 2, Forense, 8ª ed., Rio de Janeiro, 1991.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, Forense, 9ª ed., Rio de Janeiro, 1994.
- BREDA, Antonio Acir. *Efeitos da declaração de nulidade no processo*, Revista de Processo, 20-179, 1980.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal*, Forense, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1992.
- FILHO, Eduardo Espinola. *Código de Processo Penal Brasileiro*, vol. 1, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1943.
- FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal*, vol. 1, Saraiva, 9ª ed., São Paulo, 1989.
- FILHO, M. P. et all. *Juizado Especial Criminal*, Atlas, São Paulo, 1996.
- GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão Condicional do Processo Penal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.
- GRINOVER, A. P. et all. *Teoria Geral do Processo*, Revista dos Tribunais, 4ª ed., São Paulo, 1992.
- _____. *Juizados Especiais Criminais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.
- _____. *Teoria Geral do Processo*, Revista dos Tribunais, 8ª ed., São Paulo, 1991.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública Princípio da Obrigatoriedade*, Forense, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1994.

- _____. *Direito Processual Penal - Estudos e Pareceres*, Forense, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1990.
- JESUS, Damásio Evangelista. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*, Saraiva, São Paulo, 1995.
- JUNIOR, J. D. F. et al. *Comentários à Lei dos Juizados Cíveis e Criminais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.
- MARCATO, Antonio Carlos. *Da Extinção Anormal do Processo*, Revista de Processo, 18-75, 1980.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*, vol. 1, Saraiva, São Paulo, 1980.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, 16ª ed., Rio de Janeiro, 1996.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*, Saraiva, São Paulo, 1989.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 1, 2, e 4, Forense, Rio de Janeiro, 1974.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, Saraiva, 23ª ed., São Paulo, 1984.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Miradas sobre o Processo Civil Contemporâneo*, Revista de Processo, 79-142, 1995.
- PASSOS, José Joaquim Calmon. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 3, Forense, 7ª ed., Rio de Janeiro, 1991.
- SOUSA, A. V. V. de et al. *Juizados Especiais Criminais AMMP*, Arnaldo Oliveira Editor, Belo Horizonte, 1996.
- TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*, t. 1 e 2, José Konfino Editor, Rio de Janeiro, 1967.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*, vols. 1 e 2, Saraiva, 5ª ed., São Paulo, 1988.